Posadas, 26 de Febrero de 2021.

Y VISTOS:

Para resolver en autos **"EXPTE. Nº 1838/2011/17 COLMAN JULIO CESAR Psi y Psh y Otro/a c/ MINISTERIO DE SALUD PUBLICA DE LA PROVINCIA DE MISIONES Y OTROS S/ DAÑOS Y PERJUICIOS" y;**

CONSIDERANDO:

Planteada la cuestión la Dra. Ana Paula Molina expresó:

A fs. 634/636 los Dres. Fidel Eduardo Duarte, Andrea Mariel de la Mata y Martin Roberto Gonzalez Hereter, en representación de la Provincia de Misiones, interponen incidente de negligencia de la prueba pericial médica ofrecida por la parte actora. Señalan que en fecha 27/11/2019 el perito médico aceptó el cargo y en fecha 5/12/19, por providencia se tuvo por aceptado el cargo y se autorizó al Dr. Slame a retirar el expediente. Que con posterioridad a ese acto procesal, la parte no ha urgido la prueba por ella ofrecida, surgiendo así manifiesto el desinterés de la parte oferente en la producción de la prueba, toda vez que se ha extendido ampliamente el período razonable que se pudiera conceder a la contraria según lo exige el principio de la buena fe procesal. No consiente ningún acto procesal relativo al diligenciamiento de la prueba acusada que se realice con posteridad a su planteo. Cita doctrina y jurisprudencia. Peticiona se tenga por decaído el derecho de la parte actora a producir la prueba pericial médica, por negligencia.

A fs. 637 se ordena correr traslado del acuse de negligencia probatoria, notificándose la parte actora mediante cédula que luce agregada a fs. 642 y vta.

A fs. 643/644 vta. contesta la parte actora, expresando que no existe ni existió intención de abandonar la prueba pericial médica. Que su parte ha demostrado la insistente gestión para obtener el dictamen de un médico traumatólogo, lo cual se dificultó por el hecho de que la mayoría de los designados dependían del Hospital Público y por ello, se excusaban de intervenir. Agrega que frente a la providencia del

5/12/19, incumbía al perito su actuación. Que dicha providencia no contiene la orden de notificación por cédula, con lo cual no era deber legal de su parte notificar a nadie lo proveído.

Asimismo refiere que el planteo no resulta atendible en las circunstancias especiales que están aconteciendo en este año particular. Que el perito pudo haber tenido razones atendibles para no avanzar en el proceso, tanto por la incertidumbre de la cuarentena como por la feria judicial. Señala que resultaría prudente, antes de remover al perito o declarar la negligencia de la prueba, intimarlo por cédula para que cumpla lo requerido o bien manifieste lo que corresponda. Que asimismo, se ha comunicado con el secretario del perito, quien le ha manifestado que se encuentra a disposición de Tribunal para practicar la pericia. Peticiona se rechace la negligencia probatoria, con costas.

A fs. 653 se presente Daira Brunella Colman, quien habiendo adquirido la mayoría de edad en fecha 29/10/2020, ratifica lo actuado por sus progenitores y por el apoderado, en su nombre y representación.

Planteada la cuestión en los términos expuestos, resulta dable recordar que la negligencia en la producción de las pruebas, es una institución procesal que tiene por finalidad declarar la perdida de derecho de un medio probatorio, cuando por acción o inacción imputable se ocasione una demora perjudicial e injustificable al proceso, cumplimentado así uno de sus principios rectores, cual es el de la celeridad procesal.

Sentado ello, corresponde valorar la procedencia del acuse formulado. En tal cometido, ha de analizarse el comportamiento de la parte actora, oferente de la prueba pericial médica.

Se constata que a fs. 611/612, por resolución de fecha 28 de octubre de 2019, se designó como perito médico al Dr. Amado Slame, quien notificado de ello mediante cédula que luce a fs. 623 y vta., acepta el cargo a fs. 624/626 vta. Asimismo, en dicha presentación, el perito solicitó el expediente en préstamo y señaló fecha de entrevista para los peritados los días 26 y 27 de diciembre de 2019.

El 05 de diciembre de 2019, se proveyó la presentación del perito. Se tuvo por aceptado el cargo, se le hizo saber que debía aclarar el domicilio al que deberían concurrir las partes a peritar y que se autorizaba al mismo a retirar en préstamo los autos para llevar adelante la tarea encomendada. Conforme constancias de autos a fs. 628 vta., dicha providencia fue publicada en el despacho en fecha 06/12/2019.

Con posterioridad a la fecha en mención y hasta el momento del acuse de la negligencia probatoria que introduce la demandada a fs. 634/636, en fecha 03 de agosto de 2020, no obran en la causa constancias que nos permita evidenciar el interés de la parte actora en la producción de la prueba pericial médica. Si bien la designación del perito fue notificada en forma oportuna por la actora conforme constancias de fs. 623 y vta., correspondía al interesado instar y activar la producción de la misma. En efecto, el oferente de la prueba debió peticionar lo que estimaba correspondiente para que el perito informe lo requerido por el Tribunal a fs. 628, tercer párrafo. O, en su defecto, debió solicitar la remoción del mismo.

Tampoco surge de autos que el perito hubiera manifestado algún motivo atendible -como ser fuerza mayor o alguna cuestión de salud que lo exima de realizar su labor en las circunstancias extraordinarias de la pandemia-, que permita sostener la defensa de la parte actora en su escrito de fs. 643/644.

En cuanto a la circunstancia que refiere la actora sobre la comunicación que tuvo con el secretario del perito (quien se encontraría a disposición de Tribunal para practicar la pericia a la brevedad), no excusan la inactividad de su parte. En un sentido similar, se ha señalado que "No son suficientes para neutralizar la negligencialas simples gestiones verbales que, según afirma, se habría efectuado para activar." (conf. Carlos J. Colombo y Claudio M. Kiper, Código Procesal Civil y Comercia de la Nación anotado y comentado, La Ley, pág. 111).

Al respecto, cabe mencionar que no es suficiente con ofrecer pruebas, sino que es necesario que efectivamente las partes las impulsen hasta que las mismas se lleven a cabo en las formas establecidas y en un plazo razonable. Y la carga de urgir la prueba para que ella sea diligenciada oportunamente pesa sobre la oferente, que en el caso bajo estudio es la actora.

Por ello, verificándose entre la última diligencia útil y el planteo de negligencia el transcurso de un lapso temporal excesivo (más de cinco meses) y que supera ampliamente el establecido en la resolución de fs. 438/440 (punto I- 10 días de aceptado el cargo) sin que la proponente de la pericia instara su obtención, voto por hacer lugar al acuse de negligencia formulado a fs. 634/636, con costas a la parte actora (art. 68 de la Ley XII Nº 27 del Digesto Jurídico de la Provincia de Misiones).

Todo ello sin perjuicio de las medidas que oportunamente considere pertinente este Tribunal en uso de las facultades del art. 36 inc. 4 del Código

Procesal.

Llamada a emitir su voto a la Dra. Viviana Gamberale de Perez, la misma expresó que: coincido con la distinguida Vocal preopinante en el análisis efectuado y en la solución arribada en el caso traído a resolver. Asimismo, estimo conducente ordenar de manera oficiosa y en forma previa a la clausura de la etapa probatoria, que la prueba pericial médica sea llevada a cabo por el Cuerpo Médico Forense, en consonancia con el principio de economía procesal vigente en el art. 34 inc. 5 e) de la Ley XII N 27 del DJPM.

Dadas las circunstancias especiales de este pleito y teniendo presente la extensión del periodo probatorio, en ejercicio de las facultades ordenatorias e instructorias que me otorga el art. 36 inc. 4 del código de rito, considero necesario que esta diligencia sea realizada por el Cuerpo Médico Forense en esta oportunidad, con el objeto de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos y evitar mayores dilaciones. Ello, en el afán de conducir el proceso a mejores resultados.

Conforme se ha dicho, "Las diligencias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos pueden ser ordenadas durante el período probatorio, siempre respetando el derecho de defensa de las partes y manteniendo la igualdad de éstas en el proceso (art. 34, inc. 5 c)...Rechazamos la concepción restrictiva de los poderes-deberes del juez; entendemos que es justamente cuando los litigantes no han cumplido eficientemente con la carga de probar la totalidad de los hechos afirmados, que resulta necesaria la iniciativa judicial..." Asimismo, "...Creemos que la negligencia de las partes no es óbice para que el juez ordene la prueba de oficio, pues si las partes han obrado diligentemente, la actividad del juez sería innecesaria. Quien juzga tiene el derecho y el deber de estar en claro; debe estar convencido de que los hechos sucedieron de determinada manera y resolver el litigio sin que le quede duda de la justicia de su decisión..." (conf. Roland Arazi y Eugenia Pruzzo, autores artículos 1 a 466 del Código Procesal Civil, Comercial, de Familia y Violencia Familiar de la Provincia de Misiones Ley XII N 27 comentado, Ed. Rubinzal-Culzoni, pág. 58 y 492).

Por otro lado, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiteradas ocasiones sostuvo que es preciso dar primacía a la verdad jurídica objetiva para evitar que el esclarecimiento no se vea perturbado por un excesivo rigor formal."...Que la condición necesaria de que las circunstancias de hecho sean objeto

de comprobación ante los jueces, no excusa la indiferencia de éstos respecto de su objetiva verdad. Es en efecto exacto que, por lo regular, a fin de juzgar sobre un hecho, no cabe prescindir de la comprobación del modo de su existencia, que en materia civil incumbe a los interesados. Y también es cierto que esa prueba está sujeta a ciertas limitaciones, en cuanto a su forma y tiempo, pues es exacto que de otro modo los juicios no tendrían fin. Que, sin embargo, el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales. No se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte. Que concordantemente con ello la ley procesal vigente dispone que los jueces tendrán, en cualquier estado del juicio, la facultad de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos. Y tal facultad no puede ser renunciada, en circunstancias en que su eficacia para la determinación de la verdad sea indudable. En caso contrario la sentencia no sería aplicación de la ley a los hechos del caso, sino precisamente la frustración ritual de la aplicación del derecho. Que, desde luego y por vía de principio, es propio de los jueces de la causa, determinar cuando existe negligencia procesal sancionable de las partes así como disponer lo conducente para el respeto de la igualdad en le defensa de sus derechos. Pero ni una ni otra consideración son bastantes para excluir de la solución a dar al caso, su visible fundamento de hecho, porque la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de la justicia...” (CSJN, Colalillo Dominguez, c/ Compañía de Seguros España y Rio de la Plata, 18/09/57).

Bajo este entendimiento y previo a la clausura de la etapa probatoria, estimo necesario ordenar la remisión de las presentes actuaciones al Cuerpo Médico Forense, a fin de que dicha dependencia fije fecha y hora para realizar la pericia médica, debiendo informar sobre los puntos de pericia que lucen a fs. 100 vta., punto A, numeral 1 al 8.

Llamado el Sr. Presidente Subrogante ***-Dr. Juan Carlos Sosa-*** a dirimir la disidencia suscitada en autos, dijo:

QUE ADHIERE al voto de la Dra. Viviana Gamberale de Perez.

Por las razones expuestas recientemente **LA SALA III DE LA EXCMA. CAMARA DE APELACIONES EN LO CIVIL, COMERCIAL, DE FAMILIA Y FISCAL TRIBUTARIA;**

RESUELVE:

I) HACER LUGAR al acuse de negligencia probatoria formulada por la demandada a fs. 634/636, con costas a la actora perdidosa, conforme los argumentos expuestos recientemente.

II) REMITIR estas actuaciones al Cuerpo Médico Forense, bajo debida constancia de estilo, a fin de que fijen fecha y hora para llevar adelante la pericia médica, conforme los puntos de pericia obrantes a fs. 100 vta., punto A, numeral 1 al 8.

III) REGÍSTRESE, NOTIFÍQUESE, CÓPIESE.

Dra. Viviana Gamberale de Perez
Vocal

Dra. Ana Paula Molina
Vocal

Dr. Juan Carlos Sosa
Presidente